

**Marie-Odile Peyroux-Sissoko**

## Un exemple de régulation en France : la question du voile intégral

« *La République se vit à visage découvert* ». C'est par cette formule que l'État français explique la loi du 11 octobre 2010 qui interdit à toute personne de circuler ou de se présenter dans l'espace public le visage dissimulé. Adoptée à la quasi-unanimité, cette loi a été soumise au Conseil constitutionnel, qui l'a déclarée constitutionnelle<sup>231</sup>.

La décision alors rendue est aussi brève qu'importante. Pour déclarer la loi constitutionnelle, le Conseil a fait évoluer la notion d'ordre public, qui permet au législateur comme aux autorités de police administrative, de limiter les libertés individuelles. Le Conseil a en effet enrichi cette notion en lui donnant une nouvelle composante : les « *exigences minimales de la vie en société* ». Cette composante est l'élément qui fonde juridiquement la loi. Ainsi, au nom des exigences minimales de la vie en société, il n'est pas légal de cacher son visage à autrui. La société est alors protégée de comportements qui seraient considérés comme antisociaux, et le Conseil constitutionnel a considéré que cette protection était constitutionnelle.

La question restait toutefois ouverte de la conventionalité de la loi. Elle a été tranchée le 1er juillet dernier par la Grande chambre de la Cour EDH, qui a validé le dispositif français<sup>232</sup> en suivant un raisonnement aussi important que révélateur des relations entre les ordres juridiques.

Depuis Szeged, nous parlons de régulation entre les différents ordres juridiques, de répartition des compétences, d'articulation entre les identités nationales et une identité commune européenne. L'affaire de la loi relative à la dissimulation du visage dans l'espace public illustre tous

---

231 Décision n°2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

232 CEDH, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11.

ces éléments là. On peut alors remarquer que, au moyen des outils classiques dont elle dispose (principe de subsidiarité, contrôle de proportionnalité, marge nationale d'appréciation), la Cour a abordé le cas français comme un dompteur ses fauves. Elle est entrée dans la cage avec expérience et prudence, avec des instruments, mais aussi avec un objectif. Autrement dit, la Cour connaissait la répartition des compétences applicable en l'espèce, les outils à utiliser, et la politique jurisprudentielle dont elle comptait poser les jalons par cette décision. Reprenons ces points un à un.

## **I. Répartition des compétences en matière de questions de société**

La mesure constituait une ingérence ou restriction dans l'exercice des droits conventionnellement garantis, en l'espèce ceux des articles 8 et 9 de la Convention (droit au respect de la vie privée et familiale et liberté de pensée, de conscience et de religion). La Cour procède alors à un contrôle important, considérant que la teneur des objectifs invoqués par l'État « *commande un examen approfondi* ».

Le gouvernement français justifiait sa mesure par deux éléments : la sécurité publique, et le « respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte », qu'il déclinait en trois valeurs : l'égalité entre les hommes et les femmes, le respect de la dignité des personnes, ainsi que le « respect des exigences minimales de la vie en société », appelé « vivre-ensemble » dans l'exposé des motifs de la loi.

Restait à savoir si un de ces éléments pouvait justifier la limitation portée aux droits de la Convention. Si la sécurité n'a pas posé de difficulté, il en a été différemment du moyen relatif au socle minimal de valeurs.

S'appuyant sur les §2 des articles 8 et 9, la Cour remarque qu'« *aucune de ces trois valeurs ne correspond explicitement aux buts légitimes* » énumérés par les textes. Elle va ainsi chercher à intégrer les valeurs dans le texte de la Convention. Elle précise alors que cette intégration peut se faire soit dans le but « ordre public », soit dans le but « protection des droits et libertés d'autrui ». Or, comme, d'après elle, l'ordre public n'existe pas dans le §2 de l'article 8, la Cour rejette ce

fondement. Elle intègre ainsi les trois valeurs dans une notion commune aux deux textes : la protection des droits et libertés d'autrui, puis étudie consécutivement chaque valeur.

Prenant en compte le consentement et refusant la protection des individus contre eux-mêmes, la Cour ne pouvait que rejeter l'égalité<sup>233</sup> et la dignité<sup>234</sup>. Le « vivre-ensemble » a toutefois été admis, la Cour indiquant « pouvoir comprendre » le point de vue du gouvernement, et « pouvoir admettre » que la clôture opposée par le voile aux autres soit perçue « *par l'État (...) comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble* ».

L'intégration des arguments du gouvernement dans le texte de la Convention, les mots utilisés... ces éléments montrent la prudence de la Cour. Confrontée à une question de société, elle décide de garder une certaine distance, considérant que l'État est le mieux à même d'agir. Cette façon de procéder fait d'ailleurs un peu penser à la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle, notamment pour les questions de société, le Conseil considère ne pas avoir un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement<sup>235</sup>.

---

233 La Cour estime ainsi « *qu'un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes (...) revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux* » (souligné par nous).

234 La Cour rejette l'idée selon laquelle il y aurait en l'espèce atteinte aux droits et libertés d'autrui : « (La Cour) *souligne toutefois que, dans sa différence, il (le voile intégral) est l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit. Elle observe, à ce titre, la variabilité des conceptions de la vertu et de la décence appliquées au dévoilement des corps. Par ailleurs, elle ne dispose d'aucun élément susceptible de conduire à considérer que les femmes qui portent le voile intégral entendent exprimer une forme de mépris à l'égard de ceux qu'elles croisent ou porter autrement atteinte à la dignité d'autrui* » (souligné par nous). Il est étonnant de remarquer que cette argumentation pourrait justifier une autre décision de la Cour, qui serait contraire à la décision ici commentée.

235 Voir, par exemple, décision n°2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 14, ou encore décision n°2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, cons. 5.

Cela pose une difficulté de taille : en « s’effaçant » devant un choix de société, la Cour semble, pour une certaine part, « démissionner » de son rôle de protectrice des droits et libertés. Mais ce n’est qu’une impression. Car, contrairement au fondement de la sécurité, qui laisse la Cour « aveugle » face à un État mieux placé qu’elle pour connaître – et gérer – la situation sur son territoire, le fondement de la protection des droits et libertés d’autrui devrait permettre à la Cour de contrôler plus sévèrement les mesures étatiques, puisqu’elle est chargée de concilier les différents droits et libertés conventionnels. La Cour réinvestit alors son rôle, ce d’autant plus que la mesure étatique pourra être « neutralisée » en cas d’existence d’un patrimoine commun européen.

## II. Instruments de régulation des rapports entre CEDH et France

Le premier instrument utilisé par la CEDH est le principe de subsidiarité. Dans son §129, l’arrêt rappelle en effet le rôle subsidiaire de la Convention<sup>236</sup>. Ce rappel permet à la Cour d’indiquer quelle sera l’ampleur de la marge d’appréciation laissée à l’État.

Or, et c’est là le deuxième instrument dont elle fait usage, cette marge nationale d’appréciation doit ici être comprise comme étant large, puisqu’il s’agit d’une question de société<sup>237</sup>. La Cour tente alors de tempérer cette ampleur, en précisant que le « *consensus et les valeurs communes qui se dégagent de la pratique des États parties à la Convention* » doivent être pris en compte. Seulement, dans le §156, la Cour conclu

---

236 La Cour précise que « *Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, (...) il y a lieu d’accorder une importance particulière au rôle du décideur national* ».

237 La Cour précise en effet que l’État possède une ample marge d’appréciation en la matière, car sont en jeu « *des questions de politique générale, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique* ».

qu' « *il n'y a pas de consensus européen contre l'interdiction* »<sup>238</sup>. Elle choisit donc de laisser un vaste terrain à l'État.

Ce terrain, elle fait cependant mine de l'occuper en faisant usage du principe de proportionnalité, troisième instrument de régulation. Mais en réalité, elle ne l'occupe guère. Son contrôle de proportionnalité est en effet très léger. La Cour ne cache d'ailleurs pas son embarras concernant la proportionnalité, puisqu'elle précise que la pratique en cause est « *jugée incompatible avec la société française* »<sup>239</sup>. Elle utilise même des termes peu convaincants, notamment lorsqu'elle estime qu' « *au regard de l'ampleur de la marge d'appréciation (...) [la mesure] peut paraître proportionnée au but poursuivi* ». Le « peut paraître » est ici significatif.

Au-delà, si elle prend tout de même la peine de préciser que les sanctions prévues sont les plus légères, rien ne permet de penser qu'elle aurait considéré une sanction plus lourde comme étant disproportionnée. En ce sens, on remarque que la Cour constitutionnelle belge, qui a été saisie d'une loi similaire<sup>240</sup> mais prévoyant des sanctions plus sévères que la loi française, a elle aussi jugé que la mesure était proportionnée, alors qu'une peine de quelques jours de prison était instituée... Ainsi, le contrôle de proportionnalité est inefficace, neutralisé par le fait que la mesure poursuive un but d'une nature bien particulière : le choix de société. La Cour laisse donc à l'État une réelle liberté d'action.

### **III. La volonté de mise en place d'une politique jurisprudentielle relative aux questions de société**

La Cour EDH laisse à l'État une liberté, mais on remarque à plusieurs reprises qu'elle tente d'imposer, pour l'avenir, une réduction de cette liberté et un accroissement de sa compétence. Ainsi, au §149, la Cour

---

238 La Cour conclut en ce sens alors même que le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (M. Thomas Hammarberg) avait estimé que l'interdiction de la burqa ne correspondrait pas aux valeurs européennes.

239 On a ici l'idée d'une identité propre à la France.

240 Le but de la loi Belge est d'assurer « *le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte* ». Le législateur Belge a, contrairement au législateur français, pris en compte dans l'élaboration de la loi le patrimoine commun de valeurs fondamentales existant en Belgique.

s'affirme en indiquant être « *très préoccupée par les indications fournies par certains intervenants selon lesquelles des propos islamophobes ont marqué le débat* ». Elle poursuit en précisant que, s' « *Il ne lui appartient certes pas de se prononcer sur l'opportunité de légiférer en la matière* », « *elle rappelle que des propos constitutifs d'une attaque générale et véhémente contre un groupe identifié (...) sont incompatibles avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention et ne relèvent pas du droit à la liberté d'expression qu'elle consacre* ». Ce paragraphe résonne comme une mise en garde prononcée à l'encontre des États.

On peut même penser, avec ses mots « *sont incompatibles avec les valeurs (...) qui sous-tendent la Convention* », qu'elle s'affranchit ouvertement du texte de la Convention et qu'elle pourra se référer, à l'avenir, non plus au texte seul mais à son esprit.

On voit alors bien sa volonté de se positionner en tant que censeur des mesures prises par les États sur des questions de société. Cependant, s'imposant en censeur, elle se pose finalement et bien malgré elle, en défenseur de la compétence des États.

En effet, la notion de « vivre-ensemble » n'apparaît pas dans la Convention. Or, en acceptant qu'une mesure fondée sur cette notion puisse limiter des libertés pourtant conventionnellement garanties<sup>241</sup>, la Cour donne au « vivre-ensemble » une portée juridique réelle, au même titre que les fondements reconnus par les §2 des articles 8 à 11 de la Convention. Cette portée juridique ainsi reconnue permettra ensuite à d'autres États de se réclamer du « vivre-ensemble » pour justifier de la nécessité et de la proportionnalité de leurs mesures limitant les libertés conventionnelles. La Cour ne maîtrisera donc pas autant les questions de société qu'elle aurait souhaité le faire et qu'elle semble l'imposer par cet arrêt.

Fonder la conventionalité de la mesure sur la protection des droits et libertés d'autrui plutôt que sur l'ordre public et la sécurité a été un véritable pari. Par celui-ci, la Cour pensait pouvoir imposer sa compétence future pour les litiges du même type. Mais ce faisant, elle a en fait donné

---

241 La Cour indique en effet que « *l'interdiction litigieuse peut être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du « vivre ensemble* » ».

à la notion de « vivre-ensemble » une véritable portée juridique, qui ne manquera pas de limiter cette compétence qu'elle s'est octroyée.

En conséquence, je crois que, loin d'avoir gagné du terrain en vue d'accroître sa compétence, la Cour s'est inclinée face à l'État français. Du fait de sa propre manœuvre, le dompteur s'est ainsi laissé dominer par le fauve.

Reste à savoir si l'hypothèse sera confirmée, la Cour est si imprévisible... En tout état de cause, cet arrêt pose une série de questions, qui va pouvoir nourrir le débat : par cet arrêt, la Cour a-t-elle intégré la notion de « vivre-ensemble » dans l'identité constitutionnelle des États ? Comment cette notion pourra-t-elle être maniée ? La Cour pourra-t-elle l'utiliser à l'encontre des États alors même que la notion a émergé pour préserver leur compétence ?

*BM : Merci beaucoup, Marie-Odile.*

*BM : Nous allons prendre la dernière intervention, je vous laisse donc, Madame Raisz, la parole.*

*AR : Merci, Monsieur le Professeur, Chers Collègues, pour cette opportunité exceptionnelle. En travaillant comme conseillère au cabinet du Ministre de la Justice, le Professeur László Trócsányi actuellement, j'ai comme tâche très importante de participer en collaboration avec d'autres collègues à la mise en œuvre d'une nouvelle réglementation concernant les Églises en Hongrie. C'est ainsi que je suis particulièrement heureuse qu'à la demande de Monsieur le Ministre, je puisse vous parler, aujourd'hui, de cette question.*